Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft und die sich hieran knüpfenden Rechtsfolgen

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Richard Scholtissek
Rechtskandidat
Beuthen Oberschl.

1932

Verlagsanstalt Johannes Soika, Mikultschütz (Oberschlesien)

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.

Inhalts-Verzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Busch-Erler, das bürgerliche Gesetzbuch II. Bd. 1928.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. Bd. II. Abtlg. Jena 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I und II 1902.

Denkschrift zum neuen HGB. in der Ausgabe von Haymann 1897.

Düringer-Hachenburg-Flechtheim, das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts IV. Bd. 1917.

Dernburg, das bürgerliche Recht II. Bd. 1915.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. II. Abtlg. 1927.

Goesch, das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Dissertation, Göttingen 1905.

Goldmann, das HGB. vom 10. 5. 1897 II. Bd. Berlin 1905.

Goldmann-Lilienthal, das bürgerliche Gesetzbuch I. Bd. 1903.

Gierke, deutsches Privatrecht I. Bd. Leipzig 1895.

dto. III. Bd. 1917.

dto. Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung Berlin 1887.

dto. Vereine ohne Rechtsfähigkeit Berlin 1900.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaften Bd. II Leipzig 1927.

Höfer, Verlust der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft nach römischem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch, Göttingen, 1905, Dissertation.

Joerges, zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 49. und 51. Band.

Kaufmann, das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, München 1912.

Knoke, das Recht der Gesellschaft, Jena 1901.

Lindemann-Soergel, Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd. 1929.

Leist, die Strafgewalt moderner Vereine, Jena 1901.

Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht, Jena 1904.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse II. Bd. 1929.

Peters, Ausscheiden eines Gesellschafters nach bürgerlichem Recht, Marburg 1928, Dissertation.

Planck, Komm. zum BGB. II. Bd. II. Abtlg. 1924.

Protokolle für die Kommission für die zweite Lesung des BGB. II. Bd. 1898.

Rau, das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Leipzig 1909, Dissertation.

Das „Recht“ 13. Jahrgang 1909.
dto. 1924.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, Leipzig 1910 und 1928.

Staub, Kommentar zum HGB. I. Bd. 1926.

Staudinger, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse II. Bd. 1929.

Sohm, der Gegenstand, Leipzig 1905.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse II. Aufl. 1904.

Tham, Austritt und Eintritt eines Gesellschafters in die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Dissertation, Breslau 1919.

Wieland, Handelsrecht, I. Bd. 1921.

„Da die Fakultät dem Verfasser den Teildruck gestattet hat, ist nur der zweite Teil der Arbeit von § 6 ab im folgenden abgedruckt.“

§ 6.

a) die untergegangenen Rechte u. Pflichten

Die Rechtsfolgen, die sich an das Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter knüpfen, betreffen hauptsächlich das Innenverhältnis zwischen dem Ausgeschiedenen einerseits und den verbliebenen Gesellschaftern anderseits. Mit dem Verlust der persönlichen Zugehörigkeit zur Gesellschaft erlöschen für den betreffenden Teilhaber alle unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag oder durch das Gesetz begründeten Rechte und Pflichten. Er ist nicht mehr Gesellschafter und daher auch nicht mehr verpflichtet, zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes mitzuwirken. Der Ausgeschiedene kann jetzt auch dem von der Gesellschaft verfolgten Zweck entgegenwirken, braucht alle die Gesellschaft schädigenden Handlungen nicht mehr zu unterlassen, sofern er sich nicht einem ausdrücklichen Konkurrenzverbot unterworfen hat. Der frühere Teilhaber i st nicht mehr verpflichtet, die etwa ausbedungenen Beitragsgelder zu entrichten; es entfällt für ihn die Sorgfaltspflicht nach § 708 BGB. Er kann Dritten gegenüber nicht mehr als Gesellschafter auftreten, er hat auch nicht mehr das Recht, in die Geschäftsbücher Einsicht zu nehmen. Der Ausgeschiedene kann von den übrigen Gesellschaftern nicht verlangen, daß sie ihre Gesellschaftspflichten erfüllen. Alle diese Rechte und Pflichten sind unselbständige Begleiterscheinungen der Mitgliedschaft und gehen mit dem Verlust derselben in der Person eines Gesellschafters von selbst unter. Dazu gehören auch diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, die ihren Ursprung nicht im Gesellschaftsvertrage oder Gesetz haben, sondern auf Grund eines besonderen Titels entstanden sind; so z. B. die nach §§ 710, 714 BGB dem Ausscheidenden besonders übertragenen Rechte der Geschäftsführung und Vertretung.

Nach Gösch (S. 30) bleiben nur diejenigen Rechte und Pflichten weiterbestehen, die beim Ausscheiden bereits aus dem unmittelbaren Zusammenhang mit der Mitgliedschaft losgelöst und selbständig waren.

Die neubegründeten Rechtsbeziehungen zwischen dem ausgeschiedenen Teilhaber einerseits und den verbliebenen Teilhabern anderseits entspringen aus der früheren Beteiligung des

Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen; sie sind vermögensrechtlicher Art. Bevor wir uns ihrer Betrachtung zuwenden, soll ein kurzer Ueberblick über den Begriff und die rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens und über die Beziehung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen gegeben werden.

Die römisch-rechtliche societas erschöpft sich in einem reinen Schuldverhältnis; nach außen ist jeder für sich, mehrere Handelnde sind nur anteilsmäßig berechtigt und verpflichtet. Selbst im Falle des Miteigentums, wo alle Genossen nach außen beteiligt sind, ist jeder Einzelne berechtigt, über seinen Anteil frei zu verfügen. Es gibt kein selbständiges Gesellschaftsvermögen; der Zusammenhang besteht wesentlich nur in den gegenseitigen, mit der actio pro socio geltend zu machenden Rechten und Pflichten der Genossen. Auf diesem römisch-rechtlichen Standpunkt blieb der erste Entwurf zum BGB. stehen, wenn auch erhebliche Verfügungsbeschränkungen bezüglich der Anteilsrechte des einzelnen Gesellschafters aufgenommen waren. (Vergl. Mot. S. 591). Der zweite Entwurf zum BGB. schloß sich den insbesondere von Gierke geltend gemachten Einwendungen an und nahm, wie bereits erwähnt, in die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts das Rechtsprinzip der gesamten Hand auf, das dann auch in den Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. zum Ausdruck gekommen ist. (Vergl. §§ 714, 718, 719 ff., 725, 726—40 BGB.). Nunmehr sind nicht mehr, wie bei der römischen societas die einzelnen Genossen an den Einzelstücken anteilsberechtigt; es entsteht ein nur den Zwecken der Gesellschaft gewidmetes von dem Privatvermögen der Gesellschafter scharf zu trennendes Sondervermögen, über das nur alle Gemeinschafter zusammen verfügen dürfen, und das durch einen im Namen der Gesellschaft handelnden Teilhaber nach den Grundsätzen der direkten Stellvertretung unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Freilich setzt die Gesellschaft begrifflich ein Sondervermögen nicht voraus. Aus § 718 Abs. 1 BGB. läßt sich nur folgern, daß es ein gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschaft geben kann. Hat eine Gesellschaft kein Gesellschaftsvermögen, so muß der gesellschaftliche Zusammenschluß wenigstens zu irgendwelchen vermögensrechtlichen Beziehungen führen. Entbehrt die Vereinigung jeden vermögensrechtlichen Charakters, so wenn weder der Zweck noch die Mittel zur Erreichung des Zwecks vermögensrechtlicher Natur sind, dann fehlt es an dem gemäß § 241 BGB. zur Begründung eines Schuldverhältnisses erforderlichen Vermögensinteresse. Solchenfalls läge keine Gesellschaft vor.

Durch die Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der übrigen Gesellschafter wird ersteres zu einer rechtlichen Einheit zusammengefaßt; es ist der Inbegriff der im § 718 BGB. aufgeführten Gegenstände, aber es ist kein besonderes Rechtsobjekt. (Knoke S. 92). Das bürgerliche Gesetzbuch verneint die Rechtsobjektivität von Vermögensgesamtheiten. (Staudinger Vorbem. V vor § 705). Objekte der Mitberechtigung sind die ein-

zelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens. Die frühere von Gierke (Genossenschaftstheorie S. 495 ff.) vertretene Auffassung, der Anteil erfasse die einzelnen Gegenstände nur mittelbar durch das ganze ist bedenklich. Das Vermögen als ganzes kann im Sinne des BGB. nicht Gegenstand eines besonderen Rechts sein; (Oertmann Vorbem. 4 vor § 705) sonst wäre es als solches im § 823 BGB. gegen Beschädigungen geschützt. Außerdem ist im § 719 Abs. 1 BGB. auch eine unmittelbare Mitberechtigung an den einzelnen Gegenständen erwähnt. Die Auffassung des Gesellschaftsvermögens im Gierkeschen Sinne würde zu bedenklichen Folgerungen führen. Man wäre gezwungen, ein einziges Recht an der Sacheinheit anzunehmen; an Stelle der Geltendmachung einer zu dieser Sacheinheit gehörigen Forderung träte die Geltendmachung von Eigentumsrechten und dergl. Die Einheit und Selbständigkeit des Sondervermögens beruht in seiner Zweckbestimmung. Das Vermögen soll für die Zwecke der Gesellschaft sichergestellt und dinglich gebunden werden. Daher auch die Vorschrift des § 719 BGB., daß der Einzelne über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und den dazu gehörenden Gegenständen nicht verfügen kann und auch die Bestimmung des § 726 BGB., daß die Gesellschaft endet, wenn die Erreichung des vereinbarten Zweckes unmöglich wird.

Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist aber auch nicht gleich der Summe der Anteile an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen (so früher Staudinger Bd. II § 719). Solchenfalls müßte die Pfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen in anderer Weise erfolgen und auch eine andere Wirkung haben, als dies nach dem Gesetz der Fall ist. (§ 725 Abs. 1 BGB., §§ 857, 859 Z.P.O.; vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 25). Ferner wird im § 719 Abs. 1 BGB. ausdrücklich unterschieden zwischen dem Anteil am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen.

Man wird vielmehr den Anteil des Einzelnen am Gesellschaftsvermögen seiner Mitgliedschaft gleichzusetzen haben. (Vergl. Staudinger § 719 Bem. 2). Die Mitgliedschaft umfaßt alle aus der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft sich ergebenden Rechte, also auch die im § 719 Abs. 1 BGB erwähnten Anteile an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, und die Ansprüche gegen die übrigen Gesellschafter. (Vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 25, Sohm S. 68). Sie entspringt nicht aus dem Wesen der gesamten Hand sondern aus der durch den Gesellschaftsvertrag geschaffenen Verbindung und dem sich aus ihm ergebenden Vertrauensverhältnis. Daher auch das im im § 719 Abs. 1 BGB. ausgesprochene Verbot der Verfügung über den Anteil am Gesellschaftsvermögen. Das unter den Gesellschaftern bestehende Vertrauensverhältnis wird aber nicht durchbrochen, wenn sich alle mit einer solchen Verfügung einverstanden erklären oder wenn eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage sie zuläßt.

Die Vorschrift des § 719 Abs. 1 BGB. ist, soweit sie den Anteil am Gesellschaftsvermögen betrifft, nachgiebigen Rechts. (Vergl. Staudinger Vorbem. IV vor § 705, Planck § 719 Bem. 2, R. G. 92, 398).

In einem gewissen Gegensatz hierzu steht der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen. Die Lehre von der ungeteilten Gesamthandsberechtigung (Vergl. Staudinger a. O.) nimmt an, daß dieser „Anteil" dem einzelnen Teilhaber als „Ausfluß der Mitgliedschaft" eine unmittelbare Mitberechtigung an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens verschafft und daß diese Mitberechtigung personenrechtlicher Natur ist. Diese Auffassung erscheint nicht unbedenklich. Wie oben hervorgehoben, umfaßt die Mitgliedschaft auch diesen „Anteil." Er kann demnach nicht mehr sein als die Mitgliedschaft; dasselbe kann er auch nicht sein, sonst würde im § 719 Abs. 1 BGB. nicht ausdrücklich die Rede sein von Anteilen am Gesellschaftsvermögen und von solchen an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen. Dadurch, daß nach der Lehre von der ungeteilten Gesamthandsberechtigung der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen Gegenständen durch die Konkurrenz der den übrigen Gesellschaftern zustehenden Anteile beschränkt wird, ist der Unterschied von der Mitgliedschaft noch nicht erklärt. Der jeweiligen Mitgliedschaft eines Gesellschafters stehen auch die mehreren Mitgliedschaften der übrigen Gesellschafter gegenüber. Knoke (S. 9) gibt eine Begriffsbestimmung des Wesens der gesamten Hand. „Das personenrechtliche Band umschließt die Gesellschaft zu einer Einheit, bindet ihren Willen aneinander, so daß der Wille des einzelnen für sich keine Wirkung zu äußern vermag, sondern erst der Wille aller „das Recht" in Bewegung setzen kann. In dieser Verbundenheit teilt das „Recht" den Gesellschaftern die gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten zu." Dieses Recht steht allen Gesellschaftern völlig ungeteilt zu und steht über dem Anteil des einzelnen an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens und über der dem einzelnen zustehenden Mitgliedschaft. Aus diesem einheitlichen Recht, nicht aber aus der Mitgliedschaft, entspringt der in Quoten nicht erfaßbare Rechtsanteil eines Gesellschafters an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, während die Mitgliedschaft aus dem besonderen Gesellschaftsvertrag fließt. Mitgliedschaft und Rechtsanteil sind von einander abhängig; ohne Mitgliedschaft kein Rechtsanteil und umgekehrt. Sie stehen sich aber auch gegenüber, weil sie nicht denselben Entstehungsgrund haben. Daraus folgt, daß der einzelne Teilhaber über seinen Rechtsanteil im Gegensatz zur Mitgliedschaft nicht verfügen kann; das einheitliche Recht würde dadurch zerstört werden. Eine doch erfolgte etwaige Verfügung eines einzelnen Gesellschafters ist nichtig und kann nicht durch Zustimmung der anderen Teilhaber geheilt werden. (Planck § 719

Bem. 2, Staudinger Vorbem. vor § 705, R. G. 57, 414; 95, 231; a. M. Oertmann § 719 Bem. 5, der § 719 Abs. 1 ganz für dispositiv hält).

Auch im Gesellschaftsvertrage kann dem Einzelnen ein Verfügungsrecht über den Rechtsanteil nicht eingeräumt werden, wenn die Gesellschaft den Charakter einer Gesamthandsgesellschaft bewahren will. Dadurch soll den Gesellschaftern aber nicht etwa ihre schuldrechtliche Vertragsfreiheit abgesprochen werden. Durch Vereinbarung kann zweifellos eine Gesellschaft mit bloß obligatorischer Verbundenheit oder gewöhnlicher Bruchteilsberechtigung begründet werden. Solchenfalls finden die für das Gesamthandsprinzip geltenden Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. keine Anwendung. (Oertmann § 718 Bem. 5).

Das die Gesellschafter umschließende personenrechtliche Band verhindert eine Quotenteilung des Gesellschaftsvermögens; wird wie z. B. im Falle der Auflösung dieses Band gelöst, so bilden sich nunmehr von selbst Quotenteile. So lange das persönliche Band nicht gelöst ist, sind Eigentümer des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Den einzelnen Teilhabern stehen keine ideelen Quotenrechte am Gesellschaftsvermögen zu, wie die Theorie der Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts annimmt. Die Vertreter dieser Theorie begründen ihre Ansicht u. a. damit, daß Zuständigkeit desselben ungeteilten Rechts an mehrere einen Widerspruch bedeute; (Vergl. Oertmann Vorbem. vor § 705) entweder müssen es die Gesamtheit als juristische Personen oder die einzelnen in Teilrechten besitzen. (Sohm S. 65). Diese Auffassung ist bedenklich. Das Gesetz sagt nirgends, daß Träger von Rechten nur juristische oder physische Personen sein müssen. Es kann auch eine Zwischenbildung, wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, eine Kollektiveinheit Träger des ungeteilten Rechts sein, ohne daß die Gesellschaft dadurch den Charakter einer juristischen Person erhielte. Zuständigkeit desselben ungeteilten Rechts bedeutet begrifflich nur dann einen Widerspruch, wenn es sich um eine Alleinzuständigkeit handelte. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gibt es keine Alleinzuständigkeit des ungeteilten Rechts. Jeder der mehreren Berechtigten ist durch die Konkurrenz der anderen Beteiligten beschränkt. Neben der Alleinzuständigkeit und der Sonderzuständigkeit zu ideellen Quoten ist auch eine Mitberechtigung mehrerer Rechtssubjekte in der Weise denkbar, daß die Mehreren zusammen die Rechtsträger sind. (Vergl. Staudinger a. O.)

Zusammenfassend können wir sagen, daß während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses jeder Gesellschafter eine unmittelbare Mitberechtigung dinglicher Art an jedem Gegenstande des Gesellschaftsvermögens hat. (Vergl. Staub § 105 Anm. 28). Diese Mitberechtigung des einzelnen Teilhabers fließt aber nicht, wie Staudinger a. O. annimmt, aus der Mitgliedschaft sondern aus dem

darüber stehenden einheitlichen Recht, d. i. der im § 719 Abs. 1 BGB. erwähnte, weder bruchteilsmäßig noch nach ideellen Quoten erfaßbare „Anteil" eines Gesellschafters an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen. Hinsichtlich dieses Rechtsanteils steht dem einzelnen nicht die geringste Selbständigkeit zu. Er hat daran weder Besitz noch Verwaltung, noch darf er darüber verfügen. „Der Anteil an einer Gesellschaft ist keine feste, bezifferbare Größe. Wenn man ihn auch auf die einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens bezieht, so ist er doch keinesfalls Miteigentum nach Bruchteilen und rechnerisch während der Dauer der Gesellschaft nicht zu bestimmen." (R.G. 87, 409).

Vom Standpunkt der späteren Auflösung der Gesellschaft aus betrachtet, umfaßt der so begriffene Rechtsanteil auch das Anwartschaftsrecht der Gesellschafter auf die später einmal erfolgende reale Teilung des Gesellschaftsvermögens. Ein individuelles Anteilsrecht auf diese Teilung hat der einzelne nicht, es wird von dem unselbständigen Rechtsanteil eines Gesellschafts mit umfaßt.

Im § 738 Abs. 1 S. 1 BGB. wird bestimmt: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu." Anwachsen bedeutet Uebergang des Anteils kraft Gesetzes. Die in dem Anteil eines Teilhabers enthaltene Mitträgerschaft der einzelnen Rechte geht von rechtswegen auf die verbliebenen Teilhaber über, ohne daß es einer Uebertragung, Abtretung, einer Auflassung oder Eintragung bedarf. (Gierke Vereine S. 24). Es gibt hier keine Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Verfügungsgeschäfte. Werden Verfügungen doch vorgenommen, so wenn z. B. der Ausscheidende seinen „Geschäftsanteil" den verbleibenden Gesellschaftern überträgt, dann sind sie belanglos. Die Anwachsung tritt ipso iure ohne jegliche Mitwirkung weder des Ausscheidenden noch der übrigen Gesellschafter ein. (Oertmann § 738 Bem. 1, Planck § 738 Bem. 2, a. M. Joerges S. 216).

Das Gesetz erwähnt mit Recht nichts davon, in welchem Verhältnis der Anteil des Ausgeschiedenen den verbliebenen Gesellschaftern zuwächst, da der Anteil des einzelnen am Gesellschaftsvermögen rechnerisch nicht erfaßbar ist. Ein Vergessen des Gesetzgebers wird man angesichts des Wortlautes des § 738, Abs. 1 S. 1 BGB. nicht annehmen dürfen. Dies dürfte ein neuer Beweis dafür sein, daß der Anteil eines Teilhabers nicht quotenmäßig erfaßbar ist, andernfalls hätte in der Vorschrift des § 738 Abs. 1 S. 1 BGB. eine verhältnismäßige Anwachsung zum Ausdruck gebracht sein müssen. Bei einer fortstehenden Gesellschaft bedeutet das verhältnismäßige Anwachsen des Anteils die Verminderung der Beschränkung des Rechtes der Einzelnen am Gesellschaftsver-

mögen. Erst bei der Auseinandersetzung im Falle der Auflösung der Gesellschaft kommt eine vorher erfolgte Anwachsung auch rechnerisch zum Ausdruck.

Gehören zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke oder dingliche Rechte an Grundstücken Dritter, so vollzieht sich auch hier beim Ausscheiden eines Teilhabers die Anwachsung von rechtswegen. (Vergl. Planck § 738 Bem. 1, Staudinger § 736, Bem. 1, Staub Anhang zu § 141 Anm. 3, Oertmann § 736 Bem. 1, R. G. 65, 227 ff.; 68, 410 ff.). Es bedarf keiner rechtsgeschäftlichen Uebertragungen im Sinne des § 873 BGB. Die Ansicht von Crome (I S. 261) der hinsichtlich der Gesellschaftsgrundstücke die Anwachsung mit dinglicher Wirkung leugnet und nur obligatorische Wirkung annimmt, ist bedenklich. Cromes Auffassung steht im Widerspruch mit dem Prinzip der gesamten Hand, das seiner ganzen Eigenart nach auch bei Gesellschaftsgrundstücken keine Ausnahme zuläßt. Andernfalls wäre zu folgern, daß nicht nur der Auseinandersetzungsvertrag der Form des § 313 BGB. bedürfte, sondern auch schon die Vereinbarung, die das Ausscheiden nach § 736 BGB. ermöglicht; ein unerträgliches, vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigtes Ergebnis. Für etwa vorausgehende obligatorische Verträge, die das Ausscheiden eines Gesellschafters regeln, ist die Form des § 313 BGB. nicht erforderlich. Die Rechtsänderung tritt ein, auch wenn der Ausgeschiedene noch im Grundbuch eingetragen ist und dieses dadurch unrichtig wird. (Bei der offenen Handelsgesellschaft wird das Grundbuch nicht unrichtig, da die Gesellschaft unter ihrer Firma eingetragen ist und ihre Teilhaber nicht durch das Grundbuch, sondern durch das Handelsregister ausgewiesen werden.) Ist das Grundbuch unrichtig, so kann gegen den Ausgeschiedenen der Berichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB. geltend gemacht werden.

Wird dagegen der Ausscheidende mit einem Grundstück der Gesellschaft abgefunden, oder will ein noch verbleibender Gesellschafter Gesellschaftsgrundstücke erwerben, so bedeutet dies einen Wechsel im Eigentum, und es ist Auflassung nötig. Der Ausscheidende bezw. der Gesellschafter erwirbt dann etwas, was er noch nicht hatte. (Enneccerus 2, S. 259). Auflassung ist auch notwendig, wenn Grundstücke in die Gesellschaft eingebracht werden. Handelt es sich um ein Einbringen zu Eigentum, so entsteht durch den Gesellschaftsvertrag nur die obligatorische Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. Zur Erfüllung der Verpflichtung bedarf es der Auflassung und Eintragung an alle Gesellschafter zur gesamten Hand und zwar selbst dann, wenn das Grundstück im Bruchsteilseigentum sämtlicher Teilhaber stand. Erfolgt die Auflassung zwar an alle Gesellschafter, aber nur als Eigentümer zu Bruchteilen, so entsteht kein Gesellschaftsvermögen. Nur wenn die Gesellschafter etwa bei Gründung der Gesellschaft schon Gesamteigentümer der Grundstücke waren, bedarf es keiner Auflassung. Daher ist Auflassung nicht erforderlich bei Umwandlung

einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft, weil der Personenbestand und das Gesellschaftsvermögen unverändert bleiben. Das gleiche gilt umgekehrt. (R. G. 82, 161; 84, 112; Staub § 105 Anm. 31). Soll Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum der Gesellschafter umgewandelt werden, so ist ebenfalls Auflassung nötig. Das gleiche gilt hinsichtlich eines Gesellschaftsgrundstückes im Falle der Auflösung der Gesellschaft. (Staudinger § 719 Bem. V, Planck § 738 Bem. 1, R. G. 57, 432; 54, 106 ff.; 65, 227 ff.; a. M. insbesondere die Vertreter der Theorie der geteilten Mitberechtigung vergl. Joerges S. 172 ff.).

„Der Rechtsfigur der Anwachsung entspricht als notwendiges Correlat die Abwachsung.“ (Gierke, Vereine, S. 26). Wir haben oben festgestellt, daß die Gesamthand sowohl das Ausscheiden wie den Neueintritt eines Teilhabers zuläßt. Wie im Falle des Ausscheidens die Mitberechtigung der verbleibenden Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen eine Beschränkung der Verminderung erfährt, so muß umgekehrt im Falle des Neueintritts eines Gesellschafters die Beschränkung der Mitberechtigung vermehrt werden. Es tritt eine entsprechende Abwachsung an den Rechten der übrigen Gesellschafter ein, ohne daß es insbesondere bei Grundstücken eines besonderen Uebertragungsaktes bedürfte. (R. G. 82 S. 160; 83 S. 315). Auch hier wird das Grundbuch, solange der Eingetragene darin noch nicht eingetragen steht, unrichtig und bedarf gemäß § 894 BGB. der Berichtigung. Die bereits abgelehnte Lehre der geteilten Mitberechtigung nimmt folgerichtig hier keine Abwachsung, vielmehr insbesondere bei Grundstücken Anteilsübertragung an. (Vergl. Goldmann-Lilienthal S. 784 — a. M. Joerges S. 172 ff.). Hierauf ist mit R. G. (83, 160 ff.) zu erwidern, daß „Gründe“, die § 738 BGB. als Ausnahmebestimmung und nicht als Ausfluß eines allgemeinen Gedankens erscheinen lassen, nicht vorhanden sind.“ Vielmehr sprechen sowohl die Natur der Sache als auch Gründe praktischen Bedürfnisses dafür, daß entsprechend der Anwachsung im Falle des Neueintritts eines Gesellschafters die Anteile der übrigen Teilhaber verkleinert werden. (So jetzt auch Planck § 736 Bem. 2, Knoke, Arch. Bürg. R. 20, 170 ff.).

Scheidet nach vorheriger Uebereinkunft ein Gesellschafter aus, und tritt gleichzeitig ein neuer Teilhaber ein, so findet An- und Abwachsung nur statt, wenn der Ausscheidende für seinen Anteil am Gesellschchaftsvermögen entsprechend den Vorschriften beim Ausscheiden eines Gesellschafters abgefunden wird und der Neueintretende die Einlage, mit welcher der bisherige Gesellschafter beteiligt war, erwirbt. Hier erwirbt der Neueintretende die Mitgliedschaft, sie geht nicht auf ihn unmittelbar über. Anders, wenn der neue Gesellschafter unmittelbar als Singularsuczessor in die Mitgliedschaftsrechte des Ausscheidenden eintritt. In diesem Falle

lebt die Mitgliedschaft in der Person des Neueintretenden nicht wieder auf; sie wird vielmehr unmittelbar fortgesetzt. Hier erfolgt keine An- und Abwachsung.

Die Vorschriften des § 738 BGB sind nach herrschender Meinung (a. M. Thamm S. 38, Peters S 35) nicht zwingenden Rechts. Es kann im Gesellschaftsvertrage die Anwachsung auch wegbedungen werden oder eine anderweite Regelung getroffen sein. Immer muß eine solche Vereinbarung aber vor dem Ausscheiden eines Gesellschafters getroffen sein.

Schließlich interessiert hier noch die Frage, ob Anwachsung im Sinne des § 738 Abs. I S 1 BGB möglich ist, wenn von zwei Gesellschaftern der eine oder von mehreren Teilhabern alle bis auf einen ausscheiden und das ganze Gesellschaftsvermögen von einem zurückbleibenden Gesellschafter übernommen wird. Das Zurückbleiben nur eines Teilhabers steht grundsätzlich der Annahme einer Anwachsung nicht entgegen. Für den Begriff des Ausscheidens eines Teilhabers und die ipso iure eintretende Anwachsung ist nur wesentlich, daß die objektive Grundlage der Gesellschaft, die Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens, fortdauert. (R. G. 65, 246) Bei der Gesamthand ist jeder auf das Ganze berechtigt und nur beschränkt durch den Anteil des Einzelnen. Scheidet ein Gesellschafter aus, so geht dessen Anteil auf die zurückbleibenden Gesellschafter nicht über, wird vielmehr durch die fiktive Personen einheit der verbliebenen Teilhaber festgehalten. Der Anteil bleibt weiter im Bereiche des Gesellschaftsvermögens. Es tritt nur eine Verminderung der Beschränkung des Einzelnen ein. Diese Verminderung kann immer weiter gehen, so daß schließlich nur ein Gesellschafter übrigbleibt, in dessen Hand sich die Berechtigung auf das Ganze vereinigt. Unter Zugrundelegung nur des Wesens der Gesamthandsberechtigung ist freilich, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 738 BGB vorliegen, Anwachsung stets möglich, auch dann, wenn nur ein Gesellschafter übrigbleibt. Dem steht aber m. E. das Wesen der Gesellschaft als Personenvereinigung entgegen. Wie mehrfach hervorgehoben, kann die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nur dann fortbestehen, wenn wenigstens zwei Teilhaber übrigbleiben. Bleibt nur ein Gesellschafter zurück, so löst sich die Gesellschaft notwendig auf; die Vorschriften der §§ 738 — 40 BGB finden keine Anwendung. (Vergl. Staub § 105 Anm. 48, Staudinger § 736 Bem. I, R. G. 68, S 414; a.M. Oertmann § 736 Bem. IV, Enneccerus § 402 Anm. 6, R. G. v. 28. 3. 1919 Warn. 19 Nr. 138 S 211)

Wir haben somit die Hauptfälle, in denen eine Anwachsung im Sinne des § 738 Abs. I S 1 BGB möglich bezw. nicht möglich ist, dargelegt. Es sind nunmehr die weiteren Rechtsfolgen des Fortfalls eines Teilhabers, sofern die Gesellschaft nur weiter fortbesteht, im Innenverhältnis zu untersuchen. Sie sind vermögensrechtlicher Nater und in den §§ 738—40 BGB geregelt.

Die neu begründeten Rechte und Pflichten

Im § 738 Abs. I S 2 BGB wird bestimmt, daß die verbleibenden Gesellschafter dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, zurückzugeben haben, so zwar, daß nach § 732 BGB. von dem ausscheidenden Gesellschafter für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand Ersatz nicht verlangt werden kann. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber einen bewußten Gegensatz geschaffen zwischen Gegenständen, die zum Gebrauch überlassen sind, (quoad usum) und Gegenständen, die zum Gesellschaftsvermögen (quoad sortem) gehören. Die Abgrenzung dieser beiden Klassen kann zweifelhaft sein, wenn der Gesellschaft z. B. nicht die ganze Sache, sondern nur ein Recht daran etwa ein Nießbrauch oder ein Erbbaurecht verschafft ist. Oertmann (§ 732 Bem.) stellt es hier darauf ab, ob die Gerechtsame übertragbar ist oder nicht. Bei Nichtübertragbarkeit des dinglichen Rechts z. B. eines Nießbrauchs wird dieses Recht ein quoad usum Gegenstand, andernfalls etwa beim Erbbaurecht ist das Gegenteil anzunehmen, weil diese Gegenstände „dem Besteller nicht ohne weiteres zurückzugewähren sind." Diese Ansicht befriedigt insofern nicht, als im zweiten Falle auch die übertragbare Gerechtsame als quoad usum Gegenstand der Gesellschaft verschafft werden kann. Es wird m. E. zu prüfen sein, was die Gesellschafter vereinbart haben. Liegt keine ausdrückliche oder stillschweigende Abmachung vor, so ist der Wille der Parteien unter Zugrundelegung des im Gesellschaftsrecht herrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erforschen.

Gegenstände, die der Ausgeschiedene der Gesellschaft zu Eigentum übertragen hat, verbleiben auch nach erfolgtem Ausscheiden im Eigentum der Gesellschaft. Der frühere Teilhaber kann diese Gegenstände nicht zurückverlangen. Freilich kann er sie wieder zurückerwerben, wenn sie ihm von den verbliebenen Gesellschaftern angeboten werden. Der Erwerb erfolgt dann nach den für diese Gegenstände geltenden rechtsgeschäftlichen Uebertragungsformen. Eine Pflicht für den Ausgeschiedenen, sie zu erwerben, besteht nicht.

Die Gesellschafter sind berechtigt, den ihnen von einem Teilhaber verschafften quoad usum Gegenstand zu gebrauchen, d. h. ihn seiner Bestimmung gemäß auszunützen. Verfügungen, die die Gesellschafter kraft ihres Nutzungsrechtes über den Gegenstand getroffen haben, werden nach dem Ausscheiden des Teilhabers nicht unwirksam. Er kann nur verlangen, daß die Gesellschafter den Gegenstand von Rechten Dritter befreien, aber auch nur, sofern dies ohne besondere Opfer möglich ist, und daß sie ihm den Gegenstand wieder zurückgeben.

Gegenstände, die der Ausgeschiedene der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hat, kann er in natura zurückverlangen. Dieses Recht steht ihm auch dann zu, wenn er nicht Eigentümer der zum Gebrauch überlassenen Gegenstände war. Denn „sein Anspruch begründet sich nicht auf sein Eigentum, sondern auf die durch die Ueberlassung nach dem Gesellschaftsvertrage begründete obligatorische Verpflichtung der verbleibenden Gesellschafter." (Planck § 738 Bem. 2). Ist der Ausgeschiedene Eigentümer der Gegenstände oder sind sie seinem Nießbrauchrecht unterworfen, so hat er zweifellos auch die dingliche Klage auf Rückgewährung (§§ 985, 1065, 1068 Abs. 2 BGB.). Andernfalls steht ihm lediglich der obligatorische Anspruch nach § 738 BGB. zu.

Nicht behandelt ist im BGB. die Frage, ob dem ausgeschiedenen Gesellschafter für die Ueberlassung der Benutzung eines zum Gebrauch der Gesellschaft verschafften Gegenstandes ein Anspruch auf Vergütung zusteht. Im § 733 Abs. 2 S. 3 BGB. wird nur bestimmt, daß „Einlagen", die in der Benutzung eines Gegenstandes bestehen, bei der Auseinandersetzung im Falle der Auflösung der Gesellschaft nicht zu erstatten sind. Es ist nicht richtig, diese Vorschrift auch auf die der Gesellschaft quoad usum verschafften Gegenstände auszudehnen. (a. M. Rau S. 36). Der § 733 Abs. 2 S. 3 BGB. spricht ausdrücklich nur von „Einlagen"; dazu gehören nicht die zum Gebrauch überlassenen Gegenstände. Es kann ein Gesellschafter auf Grund eines Miet- oder Pachtvertrages einen ihm etwa gehörenden Lagerraum der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen. Dann erhält dieser Teilhaber auf Grund des betreffenden Vertrages die vereinbarte fortlaufende Vergütung. Besteht keine die Vergütung regelnde Abmachung, so ist der Wille der Parteien nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erforschen. Scheidet der Gesellschafter durch Kündigung aus, so wird darin nur dann auch die gleichzeitige Kündigung des Mietvertrages erblickt werden können, wenn sie gesetzlich oder vereinbarungsgemäß zulässig ist. (a. M. Peters S. 37). Andernfalls ist das Ausscheiden eines Gesellschafters auf den Fortbestand des Mietvertrages ohne Einfluß. Hat im obigen Falle der Gesellschafter den Raum etwa auf ein Jahr vermietet, und scheidet er vor Ablauf dieser Zeit aus der Gesellschaft aus, so kann ihr nicht zugemutet werden, nun auch sofort den Lagerraum zu räumen; der Vermieter muß die Miete aushalten, wenn die Gesellschaft nicht freiwillig den Raum aufgibt. (Vergl. Staudinger § 732 Bem. 2).

Der Rückanspruch entsteht regelmäßig sofort nach Ausscheiden des Gesellschafters. Ein Verzug der verbliebenen Teilhaber tritt aber erst nach erfolgloser Mahnung der Berechtigten ein. Darüber hinaus sind die Gesellschafter berechtigt, die Rückgabe zu verzögern, wenn sie nicht ohne außerordentliche Opfer erfolgen kann. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte finden auch hier Anwendung.

Der Gesellschafter trägt die Gefahr für die in seinem Eigentum verbliebenen Sachen. Einen Ersatzanspruch hat er nur, wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe oder eine etwaige Verschlechterung nicht auf Zufall beruhen, (§ 732 S. 2 BGB.) sondern auf Verschulden der übrigen Teilnehmer zurückzuführen sind. Die Gesellschafter haften dann dem Ausgeschiedenen nach den allgemeinen Grundsätzen als Gesamtschuldner. (§§ 431, 427, 278 BGB). Da es sich hier um eine Gesellschaftsverbindlichkeit handelt, haften sie sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie auch persönlich mit ihrem Privatvermögen. (Vergl. Planck § 732 Bem. 2, Staudinger § 732 Bem. 2, Knoke S. 118). Eine etwaige culpa levi der Gesellschafter steht dem Zufall gleich, weil nach § 708 BGB. die Gesellschafter dem Ausgeschiedenen nur für deligentia quam suis einzustehen haben.

Ist der quoad usum eingebrachte Gegenstand infolge alleinigen Verschuldens eines zur Geschäftsführung nicht berechtigten Gesellschafters untergegangen oder beschädigt, so haftet nach §§ 280, 325 BGB. nur dieser; die anderen werden gemäß § 275 BGB. frei, da für sie der Untergang oder die Verschlechterung auf Zufall beruht.

Die Vorschrift des § 732 S. 2 BGB. ist dispositiver Natur. Es kann im Vertrage seitens der Gesellschafter die Garantie für die Wiederablieferung der den Gesellschaftern zum Gebrauch überlassenen Gegenstände übernommen sein. In diesem Falle hat die Gesellschaft auch für einen durch Zufall untergegangenen oder verschlechterten Gegenstand einzustehen. (Vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 254).

Der Ausgeschiedene kann für Aufwendungen, die über seine allgemeine Beitragspflicht hinausgehen, wie ein Beauftragter Ersatz verlangen. Desgleichen kann er Ersatz verlangen für Leistungen, die er einem Gesellschaftsgläubiger gegenüber aus seinem Privatvermögen hat vornehmen müssen, wenn er von diesem wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen wurde. (Cosack 2. Bd.).

Scheidet ein Gesellschafter aus, so kann er nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. verlangen, von den gemeinschaftlichen Schulden befreit zu werden. Damit ist dem früheren Teilhaber ein selbständig klagbarer Anspruch auf Befreiung von den „gemeinschaftlichen Schulden" gegenüber sämtlichen, zurückbleibenden Gesellschaftern gegeben. Sie sind hinsichtlich dieses Anspruches sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie mit ihrem Privatvermögen als Gesamtschuldner verhaftet. (Staudinger § 738 Bem. 2). Dieser Befreiungsanspruch hat seinen Grund darin, daß infolge des Ausscheidens der frühere Gesellschafter hinsichtlich der gemeinschaftlichen Schulden nur im Innenverhältnis frei wird, nicht auch im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern. Diese können sich jederzeit noch an ihn halten; sie brauchen sich nicht auf die verbliebenen Teilhaber oder auf das Gesellschaftsvermögen verwei-

sen zu lassen, selbst wenn die Gegenleistung aus dem Schuldvertrag der Gesellschaft gemacht ist. (Vergl. Oertmann § 738 Bem. 2). Da nach § 738 Abs. 1 S. 1 BGB. der Anteil des Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zugewachsen ist, ist es nur recht und billig, daß diese ihn von den gemeinschaftlichen Schulden befreien. Bestritten ist, was unter „gemeinschaftlichen Schulden“ im Sinne des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. zu verstehen ist.

Gemeinschaftliche Schulden sind nach Planck (§ 733 Bem. 1) alle diejenigen Schulden, welche anläßlich des Betriebes der Gesellschaft für alle Gesellschafter als solche begründet sind, sei es durch Rechtsgeschäfte, sei es auf der Grundlage eines anderen Tatbestandes. Es muß sich um Schulden handeln, welche anläßlich des Betriebes entstanden sind und infolgedessen sich auf das Gesellschaftsverhältnis stützend das Gesellschaftsvermögen belasten. Es scheiden daher zunächst alle diejenigen Schulden aus, die nicht „gemeinschaftlich“ sind, so wenn nur einer oder mehrere Gesellschafter nicht aber alle haften. Das sind reine Privatschulden. Dann kommen aber auch die Schulden nicht in Betracht, bei denen zwar alle Gesellschafter zufällig gemeinsam haften, die aber mit dem Gesellschaftsbetrieb und den Gesellschaftszwecken in keiner Verbindung stehen, so wenn z. B. alle Gesellllschafter aus einem gemeinschaftlich begangenen Delikt haften. (Vergl. Oertmann § 708 Bem. 2, Staudinger § 718 Bem. 3, Planck § 718 Bem. 1). Ob diese letzteren Schulden nicht auch „gemeinschaftliche Schulden“ im Sinne des § 733 Abs. 1 S. 1 BGB. sind, ist in der Literatur Gegenstand eines heftigen Streites. (Vergl. Goldmann-Lilienthal S. 768, Reichsgerichtsräte-Kommentar § 718, Dernburg 2, § 360). Es ist zuzugeben, daß der Begriff Gesellschaftsschulden nach außen keine volle und unzweideutige Durchbildung erfahren hat. Hinsichtlich derjenigen Verbindlichkeiten, die gemäß § 714 BGB. für die Gesellschaft entstanden sind, haften grundsätzlich die einzelnen Gesellschafter persönlich und zwar in der Regel gesamtschuldnerisch. Man hat sich das Verhältnis dann so vorzustellen, daß neben der Haftung des Gesellschaftsvermögens eine persönliche Haftung der Gesellschafter nebenher läuft; (Oertmann § 718 Bem. 2) oder wie Düringer-Hachenburg (§ 128 Anm. 5) sich ausdrückt: Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft und des Gesellschafters bilden ein und dieselbe Schuld mit doppeltem Haftungsobjekt. Das R. G. gibt im Urteil vom 28. 3. 1928 (J. W. Heft 42 S. 2612) zu, daß die Verbindlichkeit der Gesellschafter bedingt sei durch die Verbindlichkeit der Gesellschaft und mit ihrem Wegfall auch von selbst ohne weiteres erlösche. Die Vertreter der Gegenmeinung nehmen freilich an, daß die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter ein und dasselbe sei. (Vergl. Güldenagel in J. W. von 1928 Heft 42 S. 2612, Goldmann-Lilienthal S. 768). Gestützt wird diese Ansicht durch die Protokolle 2 (S. 435) und durch den Wortlaut der Vor-

schrift des § 736 Z.P.O., wonach zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nur ein Urteil gegen alle Gesellschafter erforderlich ist. Demnach würde eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen auch dann zulässig sein, wenn es sich um eine private Verbindlichkeit handelt, für die zwar alle Gesellschafter zufällig gemeinsam haften, deren Begründung aber mit dem Gesellschaftsverhältnis in keinerlei Zusammenhang steht. (Vergl. Knoke S. 81 ff., R. G. R. K. § 718). Die Protokolle weisen u. a. darauf hin, daß der Gläubiger das Vorhandensein einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft und ihre Verhältnisse nicht erkennen kann, daß es also für ihn Zufall sei, ob die Schuld mit dem Gesellschaftsverhältnis im Zusammenhang stehe oder nicht. Dafür spricht ferner der Umstand, daß nach § 124 Abs. 2 HGB. zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Titel erforderlich sei, eine Bestimmung, deren es nicht bedurft hätte, wenn das Gesellschaftsvermögen im bürgerlichen Gesetzbuche in gleicher Weise geschützt wäre. Trotz allem ist an dem hier vertretenen Standpunkt festzuhalten; zugeben muß auch die Gegenmeinung, daß das Gesellschaftsvermögen sicher Haftungsobjekt schlechthin sein kann, nämlich dann, wenn eine beschränkte Haftung besonders vereinbart ist. Ferner bildet das Gesellschaftsvermögen ein scharf von dem Privatvermögen der Gesellschafter zu trennendes Sondervermögen. Diese Eigenart des Gesellschaftsvermögens wäre illusorisch, wenn es dem Zugriff auch solcher Gläubiger ausgesetzt sein würde, die mit der Gesellschaft als solche nichts zu tun haben. (Vergl. Staudinger § 718 Bem. 3, Oertmann § 718 Bem. 2, Gierke Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 35). Es ist anzunehmen, daß die Vorschrift des § 736 Z.P.O. nur solche Schulden betreffen kann, welche die Gesellschafter in ihrer Eigenart als Gesellschafter treffen, oder wie sich § 51 K.O. ausdrückt, die sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründen.

Eine Ausdehnung der so begriffenen „gemeinschaftlichen Schulden" etwa im Sinne des § 733 Abs. 1 erscheint nicht bedenklich (a. M. Peters S. 40). Nach § 733 Abs. 1 sind darunter auch die Schulden zu verstehen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind, oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Teilhaber als Schuldner haften. Daß Verbindlichkeiten, für welche einem Gesellschafter die übrigen als Schuldner haften, im Sinne des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. „gemeinschaftliche Schulden" sein können, wird ersichtlich, wenn man z. B. an die Ansprüche eines einzelnen Gesellschafters aus der Geschäftsführung denkt. Hier gründet sich die Schuld auf das Gesellschaftsverhältnis. Das gleiche kann der Fall sein bei Verbindlichkeiten, welche dem Gläubiger gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind. Auch dies brauchen keine gewöhnlichen Privatschulden zu sein, sondern Verbindlichkeiten, die den Gesellschaftern in dieser ihrer Eigenart obliegen. (Mot. S. 28). Wenn auch die Haftung nach außen hin eine geteilte ist, im In-

nenverhältnis, worauf es nur ankommt, sind es gemeinschaftliche Schulden im Sinne des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB., sofern sie nur anläßlich des Betriebes der Gesellschaft für alle Teilhaber als solche begründet sind. (Vergl. Oertmann § 733 Bem. 2, Planck § 733 Bem. 1).

Gleichgültig ist, welchen Ursprungs die „gemeinschaftlichen Schulden“ sind. Sie können aus einem Rechtsgeschäft oder aus einer Verbindlichkeit infolge wertvoller Geschäftsführung eines oder mehrerer Gesellschafter entstanden sein, sofern sie nur anläßlich des Betriebes der Gesellschaft begründet sind.

Der Befreiungsanspruch des Ausgeschiedenen im Sinne des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. betrifft nur diejenigen „gemeinschaftlichen Schulden“, für welche die Gesellschafter sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie mit ihrem Privatvermögen haften. Es können bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auch Gesellschaftsschulden entstehen, für die nur das Gesellschaftsvermögen verhaftet ist. Das im BGB. herrschende Prinzip der Vertragsfreiheit läßt zweifellos eine dahingehende ausdrückliche Vereinbarung der Gesellschafter mit einem Dritten zu. Haftet die Gesellschaft einem Gesellschaftsgläubiger gegenüber nur mit dem Gesellschaftsvermögen, so wird der Ausgeschiedene von solchen gemeinschaftlichen Schulden ipso iure frei, da er nicht mehr Gesellschafter ist und sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern im Zeitpunkt des Ausscheidens zugewachsen ist. Von solchen Schulden braucht der Ausgeschiedene seitens der verbliebenen Teilhaber nicht erst noch befreit zu werden. (Vergl. Staudinger § 738 Bem. 2, Oertmann § 738 Bem. 2, Planck § 738 Bem. 2). Ob die Haftung und daher auch der Befreiungsanspruch auch dann ausgeschlossen sind, wenn der Ausgeschiedene auf Grund eines noch bestehenden Anspruchs gegen die übrigen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen etwas zu erhalten hat, kann erst bei der Behandlung des Außenverhältnis dargelegt werden. An dieser Stelle sei hervorgehoben, daß es sich hier nur um eine Haftung mit Beschränkung auf den Auseinandersetzungsanteil handeln kann, und daß diese Haftung nur dann in Frage käme, wenn es sich um Gesellschaftsschulden handelte, die nur das Gesellschaftsvermögen belasten; gegenüber Gesellschaftsschulden, für die der Ausgeschiedene auch persönlich haftet, kann von einer Beschränkung der Haftung nicht die Rede sein, da er ja für solche Verbindlichkeiten auch mit seinem Privatvermögen einzustehen hat, in das nach dem Ausscheiden auch der Auseinandersetzungsanteil hineinfließt.

Der Befreiungsanspruch des Ausgeschiedenen besteht nur gegen diejenigen gemeinschaftlichen Schulden, die vor dem Ausscheiden begründet wurden. Nach seinem Ausscheiden begründete Schulden gehen ihn nichts mehr an, da er nicht mehr Gesellschafter ist. (R.G. 86 S. 62; 102 S. 301).

Die Verpflichtung der verbliebenen Gesellschafter, den Ausgeschiedenen von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien, besteht auch dann, wenn sich zu Lasten des früheren Teilhabers bei der Berechnung seines Auseinandersetzungsanteiles ein Passivsaldo ergibt. Diesen hat er zwar an die Gesellschaft zu zahlen, die Gesellschafter werden aber dadurch von ihrer Verpflichtung ihn von den Schulden zu befreien oder ihm Sicherheit zu leisten, nicht frei; auch im Passivsaldo ist sein Anteil an den Gesellschaftsschulden mitenthalten. Befreien die Gesellschafter den Ausgeschiedenen von den gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten nicht und wird er infolgedessen von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen, so hat er den übrigen Teilhabern gegenüber einen Anspruch auf Rückerstattung, (Staub Anh. zu § 141 Anm. 10) selbst dann, wenn er zusammen mit ihnen dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber die Schuld anerkannt hat. (R. G. 11 S. 130). Hinsichtlich dieses Regreßanspruches haften die zurückgebliebenen Gesellschafter dem Ausgeschiedenen sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie persönlich mit ihrem Privatvermögen als Gesamtschuldner. War der frühere Gesellschafter bei seinem Ausscheiden mit einem Passivsaldo belastet, so können sein Rückgriffsanspruch und der sich aus dem Passivsaldo ergebende Anspruch der verbliebenen Teilhaber dem Ausgeschiedenen gegenüber gegeneinander aufgerechnet werden. (R. G. 14 S. 178).

In welcher Weise der Ausgeschiedene von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien ist, ist nicht unbestritten. Er kann nur verlangen, von den gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten befreit zu werden; der Ausgeschiedene kann nicht fordern, daß die Gesellschafter diese Schulden bezahlen. Die Schuldentilgung selbst ist Sache der Gesellschafter. (Staudinger § 738 Bem. 2, Staub § 141 Anm. 18). Selbstverständlich können die Gesellschafter die Schuld auch durch Auszahlung an den betr. Gläubiger berichtigen. Ist die Verbindlichkeit fällig, so wird den Gesellschaftern praktisch nichts anderes übrigbleiben, als sie durch Auszahlung zu begleichen. (Vergl. Oertmann § 738 Bem. 2). Steht ihnen noch ein anderes Mittel zur Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden zur Verfügung, so können sie es anwenden. Sie können z. B. einen Verzicht des oder der Gläubiger erwirken. Man kann nicht, wie Peters S. 33 annimmt, das Mittel der Schuldenbefreiung durch Verzicht deswegen verwerfen, weil es praktisch nicht immer anwendbar sein wird. Ist ein Verzicht wirksam herbeigeführt, so wird der Ausgeschiedene im Sinne des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. von der betreffenden Schuld frei.

Die Annahme Peters, (S. 39) daß Schuldübernahme im Sinne des § 415 BGB. nicht möglich sei, weil die Gesellschafter nicht auch gleichzeitig Dritte sein können, da sie nicht die Schuld eines anderen sondern ihre eigene Schuld übernehmen, ist unrichtig. Es ist infolge der Gesamthandsnatur der Gesellschaft sehr wohl ein Schuldverhältnis zwischen einem Gesellschafter und der Gesamt-

heit der Gesellschafter möglich. Die dadurch entstandenen Verbindlichkeiten gehören zu den Gesellschaftsschulden. (Vergl. Staudinger § 718 Bem. 3). Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters wird nicht seine frühere Haftung für die Gesellschaftsschulden beseitigt. Er haftet nach außen weiter und zwar persönlich als Gesamtschuldner. Diese Haftung nimmt im Verhältnis zur Gesellschaftsschuld jetzt den Charakter eines echten Gesamtschuldverhältnisses an. (Vergl. J. W. 1929 Heft 9 S. 578). Aus § 423 BGB. ergibt sich, daß der Gläubiger nur den einen oder den anderen Gesamtschuldner aus der Haftung entlassen kann, derart, daß ein anderer Gesamtschuldner in der Haftung verbleibt. Ist aber ein Erlaßvertrag rechtlich möglich, so muß auch ein Schuldübernahmevertrag im Sinne des § 415 BGB. möglich sein, weil seine Wirkung innerhalb des Gesamtschuldverhältnisses dieselben sind wie beim Erlaßvertrage. In beiden Fällen wird der ausgeschiedene Gesellschafter von seiner persönlichen Haftung frei. Der frühere Teilhaber kann also sowohl mittels eines Erlaßvertrages im Sinne des § 423 BGB. als auch durch Schuldübernahmevertrag nach §§ 414, 415 BGB. von seiner persönlichen Haftung befreit werden.

Der Befreiungsanspruch steht dem Ausgeschiedenen sowohl hinsichtlich der fälligen wie der nichtfälligen Gesellschaftsschulden zu.

„Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.“ (§ 738 Abs. 1 S. 3 BGB.). Die Gesellschafter haben das Wahlrecht, dem Ausgeschiedenen entweder Sicherheit zu leisten oder ihn zu befreien. Ueben sie eines der beiden Rechte aus, so geht das andere unter. Aus dem Wortlaut des § 738 Abs. 1 S. 3 BGB. folgt aber auch, daß der frühere Teilhaber hinsichtlich der noch nicht fälligen Schulden keinen „Anspruch“ auf Sicherheitsleistung hat. (a. M. Staudinger § 738 Bem. 2). Ihm steht nur ein Anspruch auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden zu, sofern er den Nachweis ihres Bestehens erbringt. Die Sicherheitsleistung erfolgt nach Maßgabe der §§ 232 ff. BGB. (Planck § 738 Bem. 2). Sie ist dem Ausgeschiedenen nicht dem Gläubiger zu leisten. Zu den nicht fälligen gehören auch die bedingten Schulden. Für diese besteht aber nur dann ein Anspruch auf Sicherheitsleistung, wenn der Eintritt der Bedingung in Kürze erwartet werden kann. (R. G. R. K. § 738 Anm. 4; a. M. Staudinger § 738 Bem. 4, der die nicht fälligen Forderungen den bedingten gleichstellt).

Zweifelhaft ist, ob die Befreiungs- und Sicherheitspflicht sich auch auf bestrittene, gemeinschaftliche Verbindlichkeiten zu erstrecken hat. In der Literatur sind die Ansichten geteilt. Die herrschende Lehre nimmt an, daß, was von den noch nicht fälligen Schulden gelte „ob paritatem rationis“ auch von den streitigen

zu gelten habe. (Staub Anh. zu § 141 Anm. 10, Dernburg 2, § 362 Anm. 3, Knoke S. 129). Dagegen spricht der Wortlaut des Gesetzes. Im § 738 Abs. 1 S. 3 BGB. ist nur von „nicht fälligen" Schulden, nicht auch, wie im Falle der völligen Auflösung der Gesellschaft, von streitigen Schulden die Rede. (Vergl. § 733 Abs. 1 S. 2 BGB.). Soll die Vorschrift des § 738 Abs. 1 S. 3 BGB. hinsichtlich der nicht fälligen Schulden auch für die bestrittenen gelten, dann hätte dies der Gesetzgeber wie im Falle des § 733 Abs. 1 S. 2 BGB. durch ausdrückliche Hervorhebung auch getan. Außerdem sprechen überwiegende Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe dafür, daß die streitigen den nicht fälligen Schulden nicht gleichzusetzen sind. Für den früheren Teilhaber ist es zwar auch eine Belästigung, falls er z. B. längere Zeit nach seinem Ausscheiden von einem Gesellschaftsgläubiger auf Grund einer streitigen Forderung in Anspruch genommen wird, wenn er auch bei den verbliebenen Gesellschaftern Regreß nehmen kann. Schwerwiegender können aber die übrigen Gesellschafter getroffen werden, falls es sich nach Stellung einer Sicherheit ergibt, daß die fragliche Schuld garnicht bestanden hat. (R. G. 60 S. 155 ff.). Solange die Schuld streitig ist, liegt es lediglich bei den verbliebenen Teilhabern, ob sie dem Ausgeschiedenen dafür Sicherheit leisten wollen oder nicht, einen Anspruch darauf hat er nicht. Stellt sich später heraus, daß die bestrittene Verbindlichkeit zu Recht besteht, oder beweist der Ausgeschiedene selbst das Bestehen dieser Schuld, so ist sie nicht mehr streitig und der frühere Teilhaber hat nach § 738 Abs. 1 S. 3 BGB. wieder den Befreiungsanspruch.

Der bedeutsamste Anspruch, den der ausgeschiedene Gesellschafter nach Anwachsung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen hat, besteht darin, daß er die Herausgabe des Wertbetrages verlangen kann, der seinem etwaigen Anspruch an die Gesellschaft, seinen sonstigen Einlagen und seinem Anteil am Nettobestande des Gesellschaftsvermögens entspricht. Diesen Anspruch bestimmt § 738 Abs. 1 S. 2 BGB." Die übrigen Gesellschafter sind verpflichtet, ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre." Die Verwirklichung dieses Anspruches kann nur durch Geldabfindung erfolgen. Dies ergibt sich einmal aus § 738 Abs. 2 BGB., wonach der Wert des Gesellschaftsvermögens im Wege der Schätzung zu ermitteln ist, dann aber auch aus dem Zweck der ganzen Vorschrift. Die von dem Ausgeschiedenen etwa eingebrachten Gegenstände verbleiben ja infolge der Anwachsung weiter im Bereiche des Gesellschaftsvermögens, dessen Alleineigentümer die zurückgebliebenen Gesellschafter sind. Der Ausgeschiedene kann nicht verlangen, daß Gegenstände des Gesellschaftsvermögens oder das ganze Vermögen zum Zwecke seiner Befriedigung versilbert werden. (Anders im Falle der Auflösung der Gesellschaft). Ebensowenig können ihm solche Gegenstände an zahlungsstatt aufgedrängt werden. (Planck § 738 Bem. 2).

Wie die von dem Ausgeschiedenen zu fordernde Abfindungssumme zu ermitteln ist, wird im Gesetz nicht gesagt. Zunächst fragt es sich, wer bei der Feststellung dieses Geldbetrages mitzuwirken hat. Da es sich um die Regelung einer Angelegenheit handelt, die alle Gesellschafter einschl. den Ausgeschiedenen gleichmäßig interessiert, sind nach allgemeinen Grundsätzen auch alle verpflichtet, dabei mitzuwirken sofern nicht lt. besonderer Vereinbarung die Geschäftsführer oder ein besonderer Ausschuß dazu berufen sind. (Oertmann § 738 Bem. 1). Die Vorschrift des § 740 Abs. 1 S. 2 BGB., wonach hinsichtlich der Abwicklung schwebender Geschäfte eine Mitwikung des ausgeschiedenen Gesellschafters ausgeschlossen ist, hier analog anzuwenden, erscheint bedenklich. (a. M. Peters S. 45). Dort handelt es sich um eine Gesellschaftsangelegenheit, deren Abwickelung unmittelbar dem Gesellschaftsvermögen zu Gute kommt oder es belastet und nur mittelbar den ausgeschiedenen Gesellschafter betrifft. Die sich gegenüber stehenden Parteien sind nur die verbliebenen Gesellschafter auf der einen Seite und die Gesellschaftsgläubiger oder Schuldner auf der anderen Seite. Anders im Falle der Feststellung der Abfindungssumme. Hier steht der Ausgeschiedene den Gesellschaftern als Berechtigter gegenüber und wirkt unmittelbar an der Feststellung des das Gesellschaftsvermögen belastenden Geldbetrages mit. Das Mitwirkungsrecht des Ausgeschiedenen wurzelt in seinem früheren Gesellschaftsverhältnis. (Vergl. Staub Anh. zu § 141 Anm. 7).

Zur objektiven Feststellung der Höhe der Abfindungssumme kann ein Sachverständiger auf Verlangen des früheren Teilhabers herangezogen werden und zwar regelmäßig auf Kosten der Gesellschaft. (R. G. 108 S. 45). Im Gesellschaftsvertrage kann vereinbart sein, daß bestimmte Sachverständige heranzuziehen seien und zwar sowohl mit wie ohne den Vorbehalt einer richterlichen Nachprüfung.

Die Berechnung der Höhe der Abfindungssumme erfolgt in der Regel durch Aufstellung einer Bilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung. Hierbei ist die Vermögenslage im Zeitpunkt des Ausscheidens maßgebend. Im Falle der Ausschließung ist z. B. maßgebend der Zeitpunkt, in dem die Ausschlußerklärung gemäß § 130 BGB. dem Auszuschließenden zugegangen ist. Die Bilanz ist nicht in der Weise aufzustellen, wie sie etwa von den Gesellschaftern am Schlusse eines Geschäftsjahres zwecks Feststellung ihrer Gewinnbeteiligung regelmäßig errichtet wird; bei diesen Jahres- oder Halbjahresbilanzen werden zwecks Erhaltung der Lebensfähigkeit der Gesellschaft in der Regel Reserven gebildet und Vermögensgegenstände als unterbewertete Bilanzposten erscheinen. Eine solche Bilanz würde nicht den wahren Wert des Gesellschaftsvermögens erkennen lassen und einseitig die Interessen des Ausgeschiedenen schädigen. (Vergl. Staub Anh. zu 141 Anm. 6). Zu Grunde zu legen ist daher, wenn keine andere Abrede

entgegensteht, der wahre Wert des Gesellschaftsvermögens in seiner Lebendigkeit. (Vergl. Oertmann § 738 Bem. 2, R. G. 106 S. 132). Schwebende Geschäfte sind hierbei nicht mitzuberücksichtigen. Für sie ist im § 740 BGB. eine Sonderregelung getroffen. Die Höhe der Geldabfindung entspricht somit dem Umfange des Anspruches, den der frühere Teilhaber nach §§ 733, 734 BGB. hätte, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Die Gesellschafter können auch Abweichungen von der Regel des § 738 BGB. vereinbart haben. Sie können etwa im Gesellschaftsvertrage bestimmt haben, daß in die Bilanz nicht der wahre Wert sondern der Buchwert der Vermögensgegenstände einzusetzen sei. Sie können an Stelle der Geldabfindung eine Abfindung mit Gegenständen des Gesellschaftsvermögen bestimmt haben und dergl. mehr. Der Ausgeschiedene ist an diese Vereinbarungen gebunden.

Die Abrechnung mit dem Ausgeschiedenen kann ein dreifaches Ergebnis haben. Reicht das Gesellschaftsvermögen gerade noch zur Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen aus, so erhält der frühere Teilhaber nur seine Einlagen und etwaige Auslagen erstattet. „Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen.“ (§ 739 BGB.). Verbleibt endlich nach Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden und Rückerstattung der Einlagen, ein geldwerter Ueberschuß, so hat der Ausgeschiedene einen Geldanspruch auf den ihm zukommenden Teil am Ueberschuß.

Der Anspruch des Ausgeschiedenen auf die Abfindungssumme ist ein reines Forderungsrecht, auf Grund dessen er z. B. berechtigt ist, als gewöhnlicher Gläubiger am Konkurse der fortgesetzten Gesellschaft teilzunehmen. Er kann sein Forderungsrecht an jeden beliebigen Dritten abtreten. Nicht auch abtretbar ist jedoch seine Mitwirkung bei der Feststellung des Abfindungsguthabens. Dieses Recht ist mit der Person des ausgeschiedenen Gesellschafters untrennbar verknüpft und wurzelt in seiner früheren Zugehörigkeit zur Gesellschaft.

Hinsichtlich des Abfindungsguthabens haften sowohl das Gesellschaftsvermögen wie die verbliebenen Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen. (Vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 291). Dafür spricht der Wortlaut des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB., wo ausdrücklich von einer Verpflichtung der verbliebenen Gesellschafter die Rede ist, ferner der Umstand, daß das Gesellschaftsvermögen durch gemeinsamen Beschluß der zurückgebliebenen Teilhaber nachträglich zu anderen Zwecken verwendet werden kann und der Ausgeschiedene dann evtl. das Nachsehen hätte. Die Vorschriften der §§ 733 ff. BGB., wonach bei der Auseinandersetzung

im Falle der Auflösung der Gesellschaft die Teilhaber ihren Gewinnanteil lediglich aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen können, sind hier nicht analog anwendbar. (A. M. Oertmann § 738 Bem. 1). Im Falle der Auflösung kann jeder Gesellschafter fordern, daß das Gesellschaftsvermögen nur zum Zwecke der Auseinandersetzung verwandt wird. Einen solchen Anspruch hat der Ausgeschiedene der fortbestehenden Gesellschaft gegenüber nicht. Es ist nur recht und billig, ihm nun auch den Zugriff auf das Privatvermögen der zurückgebliebenen Teilhaber zu gestatten. (Planck § 738 Bem. 3, Staudinger § 738 Bem. 3, Knoke S. 131). Besitzt der ausgeschiedene Gesellschafter noch Gegenstände, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, so hat er an diesen bis zur Erstattung seines Abfindungsguthabens ein Zurückbehaltungsrecht. Die im § 273 BGB. bestimmten Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes liegen vor, da die beiderseitigen Verpflichtungen auf demselben Gesellschaftsverhältnisse beruhen. (Vergl. Oertmann § 738 Bem. 4, Planck § 738 Bem. 4). Fraglich ist, ob infolge der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses ein Zurückbehaltungsrecht nicht zuzulassen sei, weil es gegen „Sinn und Zweck des § 738 BGB. verstoße." (O. L. G. Stuttgart 6, 446 bei Oertmann § 738). Diese Auffassung erscheint zu weitgehend, da der Sinn und Zweck des § 738 BGB. in der Hauptsache durch die Anwachsung erfüllt wird. Wollte der Gesetzgeber durch diese Vorschrift die Schutzbestimmung des § 273 BGB. ausgeschlossen wissen, dann hätte es einer ausdrücklichen dahingehenden Bestimmung bedurft. (Vergl. Planck § 738 Bem. 4).

Außer dem Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB. hat der ausgeschiedene Teilhaber keinen weiteren gesetzlichen Schutz gegen die Gefahr, die ihm dadurch entstehen kann, daß er an Stelle seines Rechts am Gesellschaftsvermögen nur obligatorische Ansprüche gegen die verbliebenen Gesellschafter erhält. Nötigenfalls kann er sich lediglich durch Erwirkung eines Arrestes sichern, sofern die Voraussetzungen hierfür vorliegen.

Im Gesellschaftsrecht des BGB. gibt es keine Bestimmung darüber, ob der ausgeschiedene Gesellschafter auf seine Abfindungssumme auch verzichten könne. Angesichts der auch im Gesellschaftsrecht des BGB. herrschenden Vertragsfreiheit wird die freie Verzichtsmöglichkeit des früheren Teilhabers auf seine Abfindungssumme angenommen werden müssen. (R. G. 106 S. 131). Gegebenenfalls liegt eine Schenkung der fortgesetzten Gesellschaft gegenüber vor; niemals aber können die übrigen Gesellschafter dem Ausgeschiedenen seinen Anspruch auf die Abfindungssumme einseitig nehmen.

Auch die Zeit der Auszahlung der Abfindungssumme ist im Gesetz nicht bestimmt. Schweigt darüber der Gesellschaftsvertrag, so entscheidet § 271 Abs. 1 BGB., wonach aus dem Vorliegen von besonderen Umständen auf den Zeitpunkt der Auszahlung ge-

schlossen werden kann. Lassen besondere Umstände eine sofortige Auszahlung nicht zu, so wenn dadurch die fortzusetzende Gesellschaft nicht weiterbestehen könnte, dann ist durch richterliche Entscheidung eine angemessene Frist zu bestimmen. (vgl. Staub Anh. zu § 141 Anm. 7).

In der Abfindungssumme nicht mitenthalten ist der Anspruch des Ausgeschiedenen aus „schwebenden Geschäften.“ Darunter sind diejenigen Geschäfte zu verstehen, die zwar vor dem Ausscheiden begründet, aber erst nach dem Ausscheiden abgewickelt werden. Sie konnten bei der Berechnung der Abfindungssumme nicht mitberücksichtigt werden, weil auch schätzungsweise nicht zu ermitteln war, welchen Gewinn oder Verlust sie für die Gesellschaft abwerfen würden. Im Gesellschaftsvertrage kann allerdings eine andere Regelung vorgesehen sein, etwa in der Weise, daß der Ausgeschiedene auch hinsichtlich der schwebenden Geschäfte in der Abfindungssumme sofort endgültig zu entschädigen sei. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, dann bleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 740 Abs. 1 S. 1 BGB., wonach der Ausgeschiedene am Gewinn und Verlust, welcher sich aus den z. Zt. seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt, teilnimmt. Die Vorschrift des § 740, S. 1 BGB. bezieht sich nur auf diejenigen Abwickelungsgeschäfte, die vor dem Ausscheiden des Teilhabers begründet sind. Die Begründung kann durch einen Vertrag zwischen der Gesellschaft und einem Dritten oder durch eine bindende Offerte erfolgt sein. Es genügt nicht, daß ein Projekt vorliegt oder Vorbesprechungen stattfanden. Es muß eine Verpflichtung zur Ausführung für die Gesellschaft bestehen. Spätere Geschäfte gehen den Ausgeschiedenen nichts mehr an, so wenn der geschäftsführende Gesellschafter nach erfolgtem Ausscheiden eines Teilhabers aber vor erlangter Kenntnis dieses Ausscheidens noch ein Geschäft für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen hat. Dieses Geschäft geht den Ausgeschiedenen nichts mehr an, weil er im Zeitpunkte des Abschlusses nicht mehr Gesellschafter war. (Vergl. Staub Anh. zu § 161 Anm. 25). Daraus, daß der Ausgeschiedene noch am Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften teilnimmt, ist nicht zu folgern, daß er insoweit noch die Stellung eines Gesellschafters hat. Er nimmt nicht an den Geschäften selbst, nicht an ihrer Abwickelung sondern nur an ihren Ergebnissen teil. Dies folgt aus § 740 Abs. 1 S. 2: „Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beenden, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint.“ Auch hinsichtlich der schwebenden Geschäfte hat der Ausgeschiedene nicht mehr die Rechte eines Gesellschafters. Er kann nicht mehr Einsicht in die Geschäftsbücher verlangen, auch nicht mehr Vorlegung von Bilanzen und Inventuren. (R. G. 56 S. 6). Die übrigen Gesellschafter können ihn nicht mehr vertreten, da die Abwickelungsgeschäfte nicht in seinem Namen geregelt werden. Dritten gegenüber wird er aus ihnen nicht mehr verpflichtet; umgekehrt kann er sich Dritten gegenüber

nicht auf diese Geschäfte berufen. (Planck § 740, Knoke S. 131, Staub Anh. zu § 141 Anm. 23).

Hinsichtlich der noch schwebenden Geschäfte werden die Interessen des Ausgeschiedenen durch die verbliebenen Gesellschafter gewährt. Sie haften ihm für ordnungsgemäße Abwicklung gem. § 708 BGB. Daß der Ausgeschiedene jetzt nicht mehr Gesellschafter ist, hat auf die Weiterhaftung der übrigen Teilhaber nur mit diligentia quam suis keinen Einfluß; insbesondere kann daraus nicht gefolgert werden, daß sie nunmehr nach § 276 BGB. für jedes Verschulden verhaftet seien. (a. M. Peters S. 54). Die Abwickelung der schwebenden Geschäfte ist ein gesetzlicher Teil der Gesellschaftertätigkeit, die durch das Ausscheiden eines Teilhabers keine Aenderung erfahren darf. Der Ausgeschiedene ist zwar nicht mehr Gesellschafter aber seine frühere Gesellschafterstellung wirkt hinsichtlich der Weiterhaftung der verbliebenen Teilhaber nach. Er war ja auch früher als Gesellschafter mit der Haftung gemäß § 708 BGB. einverstanden, sonst hätte im Gesellschaftsvertrage die Haftung gem. § 276 BGB. vereinbart werden können. Die Weiterhaftung mit diligentia quam suis ist für den Ausgeschiedenen keine Härte. (a. M. Peters a. a. O.). Die verbliebenen Gesellschafter haben in der Regel genau dasselbe Interesse wie er, die schwebenden Geschäfte vorteilhaft abzuwickeln. Verhalten sie sich bei ihrer Abwickelung böswillig, indem sie die Interessen des Ausgeschiedenen in keiner Weise wahrnehmen, so sind sie nach den allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen schadenersatzpflichtig.

Damit der ausgeschiedene Gesellschafter prüfen kann, was und wieviel ihm aus den schwebenden Geschäften noch zusteht, kann er am Schluß jeden Geschäftsjahres Rechenschaft über die beendeten Geschäfte und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen. (§ 740 Abs. 2 BGB). Der Umfang und die Art der Rechenschaftslegung bestimmen sich nach § 259 BGB, die Auskunftserteilung nach § 242 BGB. Aus der Vorschrift des § 740 Abs. 2 BGB ergibt sich, daß der frühere Gesellschafter während der Dauer eines Geschäftsjahres keine Gewinnauszahlung verlangen kann. Dieses Recht hat er erst nach Schluß des Geschäftsjahres. Ergeben die abgewickelten Geschäfte einen Verlust, so hat er ihn anteilig mitzutragen. Besteht am Schluße eines Jahres für den Ausgeschiedenen ein Guthaben, so haftet dafür sowohl das Gesellschaftsvermögen wie das Privatvermögen der Gesellschafter. Der frühere Teilhaber kann jederzeit auf dieses Guthaben verzichten. (Staudinger § 740, Knoke S 131)

Wie sich die Beteiligung an den Abwickelungsgeschäften des näheren gestaltet, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen. Der Ausgeschiedene kann nicht verlangen, daß die Abwickelungsgeschäfte von den anderen Geschäften der Gesellschaft losgelöst werden, da auch sie einen Bestandteil des ganzen Gesellschafts-

betriebes bilden. Es ist daher nur recht und billig, wenn die Abwickelungsgeschäfte anteilsmäßig die Geschäftsunkosten tragen. Der frühere Gesellschafter kann aus einem Abwickelungsgeschäft nicht mehr erhalten, als er für den Fall seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft erhalten hätte.

Aus der Vorschrift des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB., wonach dem Ausgeschiedenen dasjenige zu zahlen ist, was er bei der Auseinandersetzung im Falle der Auflösung der Gesellschaft erhalten würde, ist zu folgern, daß im umgekehrten Falle, wenn die etwa aufgestellte Abfindungsbilanz sich als Unterbilanz darstellt, der Ausgeschiedene entsprechend am Verlust aufzukommen hat. Dies bestimmt ausdrücklich § 739 BGB.: „Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verluste aufzukommen." Außer diesem von dem Ausgeschiedenen zu tragenden Verlustanteil hat er auch alles das zu bezahlen, was er sonst der Gesellschaft schuldet, so wenn er unbefugterweise Gelder aus der Gesellschaftskasse entnommen hat. Auch hierfür haftet er als persönlicher Schuldner. Die Verpflichtung des Ausgeschiedenen zur Zahlung des Verlustanteils ist eine reine Geldschuld an die weiterbestehende Gesellschaft. (Staudinger § 739). Die Vorschrift des § 739 BGB. entspricht nicht ganz der für den Fall der Auflösung der Gesellschaft geltenden Bestimmung des § 735 BGB. Scheiden mehrere Gesellschafter gleichzeitig aus, so hat jeder nur für seinen Verlustanteil aufzukommen; eine dem § 735 S 2 BGB analoge Bestimmung, wonach, wenn von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden kann, die übrigen Teilhaber den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen haben, ist für die fortbestehende Gesellschaft nicht getroffen. Der Ausgeschiedene kann gemäß § 273 BGB die von ihm geschuldete Leistung verweigern, bis seine Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden erfolgt oder hierfür Sicherheit geleistet ist oder bis ihm die nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. zurückzugebenden Gegenstände ausgefolgt sind. Umgekehrt können die übrigen Gesellschafter hinsichtlich der dem Ausscheidenden nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. zurückzugebenden Gegenständen gleichfalls ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, bis der ausgeschiedene Teilhaber den ihm nach § 739 BGB. obliegenden Verpflichtungen nachkommt. Die beiderseitigen Leistungen haben Zug um Zug zu erfolgen. (Planck § 739, Staudinger § 739, Knoke S. 130).

Im Gesellschaftsvertrage kann gültig vereinbart sein, daß der eine oder andere Gesellschafter von der Beteiligung am etwaigen Verlust befreit sein solle. Dies widerspricht nicht dem Gesellschaftszweck, weil der Verlust nur eine ungewollte Nebenerscheinung ist. Scheidet ein von der Verlusttragung befreiter Gesellschafter aus, so bleibt er auch der fortbestehenden Gesellschaft

gegenüber frei. Nach § 739 BGB. hat der Ausgeschiedene im „Verhältnis seines Anteils am Verlust“ aufzukommen, d. h. des vereinbarten Anteils am Verluste. Ist im Vertrage nur der Anteil am „Gewinn“ vereinbart, so gilt nach der Auslegungsregel des § 722 Abs. 2 BGB. diese Bestimmung zugleich auch für den Verlustanteil. Der frühere Gesellschafter hätte dann im Verhältnis des vereinbarten Gewinnanteils für den ihn treffenden Verlust aufzukommen. Haben die Gesellschafter über die Verteilung am Gewinn oder Verlust nichts bestimmt, so hat nach § 722 Abs. 1 BGB. jeder Gesellschafter den gleichen Anteil am Verluste zu tragen. Solchenfalls wäre der Anteil des Ausgeschiedenen am Verluste ein Kopfanteil.

§ 8.

2. Im Außenverhältnis

Die Wirkungen des Ausscheidens im Außenverhältnis sind bereits bei der Betrachtung der Rechtsfolgen des Ausscheidens im Innenverhältnis mehrfach gestreift worden. Das Ausscheiden eines Gesellschafters berührt nach außen sowohl die Stellung der fortbestehenden Gesellschaft als auch die des Ausgeschiedenen. Dritten gegenüber darf der frühere Gesellschafter die verbliebenen Teilhaber nicht mehr vertreten; war er früher mit anderen Gesellschaftern gesamtvertretungsberechtigt, so endigt diese Vertretungsmacht auch für die verbliebenen Gesellschafter, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes im Gesellschaftsvertrage vereinbart ist. Dritten gegenüber sind jetzt die verbliebenen Gemeinschafter in ihrer Verbundenheit die alleinigen Träger des Gesellschaftsvermögens; nur noch zu deren Händen kann ein Gesellschaftsschuldner wirksam erfüllen. (R. G. 83 S. 107). Der Ausgeschiedene wird durch Geschäfte, die nach seinem Ausscheiden begründet werden, nicht mehr berechtigt und verpflichtet. Dies gilt auch für die sogenannten Abwickelungsgeschäfte. Die Vorschrift des § 740 BGB., wonach der Ausgeschiedene an den Abwickelungsgeschäften teilnimmt, gilt nicht Dritten gegenüber. Daraus folgt, daß der Ausgeschiedene sich ihnen gegenüber auf diese Rechtsgeschäfte nicht ohne weiteres berufen kann. Von besonderer Bedeutung für Dritte sind die Rechtsfolgen des Ausscheidens hinsichtlich der Schuldenhaftung in der Person des Ausgeschiedenen. Freilich kann es sich hierbei nur um solche Gesellschaftsschulden handeln, die bereits vor seinem Ausscheiden begründet waren. Später entstandene Verbindlichkeiten gehen den früheren Gesellschafter nichts mehr an, weil er dem Personenverbande nicht mehr angehört. Dazu gehören z. B. Mietverträge, die zwar vor dem Ausscheiden des Gesellschafters begründet waren, nach dem Ausscheiden aber stillschweigend fortgesetzt werden; (R. G. 86 S. 60) die stillschweigende Verlängerung betrifft nicht den früheren Gesellschafter. Aus solchen Verbindlichkeiten kann er von Dritten nicht mehr in Anspruch genommen werden.

Sind die Verbindlichkeiten vor seinem Ausscheiden entstanden, so kann von einer Weiterhaftung des Ausgeschiedenen nur dann die Rede sein, wenn es sich um Gesellschaftsschulden handelt, für die nicht nur das Gesellschaftsvermögen sondern auch das Privatvermögen der Gesellschafter haftet. Aus Verbindlichkeiten, für die nur das Gesellschaftsvermögen haftet, kann der Ausgeschiedene von Dritten nicht mehr in Anspruch genommen werden. Bei der Betrachtung der Rechtsfolgen des Ausscheidens im Innenverhältnis haben wir gesehen, daß der Anteil des Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zugewachsen ist. Sie sind dadurch die alleinigen Mitberechtigten am Gesellschaftsvermögen geworden. Mit dem Verluste seiner Mitberechtigung daran, hört der Ausscheidende naturgemäß auch auf den Gesellschaftsgläubigern mit dem Gesellschaftsvermögen zu haften. Die Gesellschaftsgläubiger müssen, um die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben zu können, ein Urteil gegen die verbliebenen Teilhaber erwirken. (Planck § 738 Bem. 5, Oertmann § 738, Knoke S. 129).

Fraglich ist es, ob der Ausgeschiedene hinsichtlich einer Verbindlichkeit, für die nur das Gesellschaftsvermögen haftet, mit seinem Auseinandersetzungsanteil von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen werden kann. Es ist zweifellos richtig, daß im Falle der Auflösung der Gesellschaft die Gesellschafter auch hinsichtlich der Schulden, für die nur das Gesellschaftsvermögen haftet, mit ihrem Auseinandersetzungsanteil von den Gläubigern in Anspruch genommen werden können, da letztere ja sonst völlig leer ausgehen müßten. (Staudinger § 735). Was für die aufgelöste Gesellschaft gilt, kann aber nicht, wie Höfer (S. 77) annimmt, analog auch auf die fortbestehende Gesellschaft angewandt werden. Hier brauchen die Gesellschaftsgläubiger nicht geschützt zu werden, da ja das Gesellschaftsvermögen fortbesteht. Die Gläubiger können sich nach wie vor nur an dieses halten, nicht auch an den Auseinandersetzungsanteil des Ausgeschiedenen. Das bedeutet für sie keine Härte und verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben, weil ja die betreffenden Gläubiger mit der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen einverstanden waren.

Handelt es sich dagegen um Verbindlichkeiten, für die sowohl das Gesellschaftsvermögen wie das Privatvermögen der Gesellschafter haftet, gleichgültig ob die Gesellschafter mit dem Privatvermögen als Gesamtschuldner oder als Teilschuldner haften, so werden die Rechte der Gesellschaftsgläubiger durch das Ausscheiden eines Teilhabers nicht berührt. Der Ausgeschiedene haftet weiter persönlich mit seinem Privatvermögen. Zur Zeit der Entstehung dieser Gesellschaftsschulden war der Ausgeschiedene noch Gesellschafter und als solcher wurde er aus den von sämtlichen Gesellschaftern gemeinschaftlich oder von ihren Vertretern vorgenommenen Rechtsgeschäften mitberechtigt und mitverpflichtet. Die

Gläubiger können sich nach wie vor an das Gesellschaftsvermögen oder an die einzelnen Gesellschafter halten, so weit diese ihnen unbeschränkt persönlich haften. Der Ausgeschiedene kann seine bei der Begründung der Rechtsgeschäfte den Gesellschaftsgläubigern gegenüber entstandene persönliche Haftung weder durch einen einseitigen Rechtsakt noch durch eine mit den übrigen Gesellschaftern getroffene Vereinbarung mit Wirkung für und gegen die Gesellschaftsgläubiger aufheben oder beschränken. Eine solche Abmachung hätte Dritten gegenüber keine Wirksamkeit, selbst dann nicht, wenn die betreffenden Gesellschaftsgläubiger von der Vereinbarung Kenntnis hätten. Wirksam wird sie für Dritte nur, wenn sie ihr ausdrücklich zustimmen oder sie genehmigen. (Staudinger § 738 Bem. 4, Planck § 738 Bem. 5, Staub § 128 Anm. 17).

Vom Standpunkt des Wesens der bürgerlichen Gesellschaft aus betrachtet, wonach sämtliche Teilhaber in ihrer Verbundenheit Träger der Rechte und Pflichten sind, besteht neben der Verpflichtung der Gesellschaft mit ihrem Vermögen nicht auch eine Verbindlichkeit der Gesellschafter als solcher etwa nach Art einer Garantieverpflichtung. (a. M. Wieland S. 630 Anm. 6). In J. W. von 1928 Heft 42 S. 612 spricht das R. G. a. a. O. selbst davon, daß bei einer offenen Handelsgesellschaft — das gleiche muß für die bürgerliche Gesellschaft gelten, sobald Haftung mit dem Privat- und Gesellschaftsvermögen vorliegt — kein Gesamtschuldverhältnis zwischen der Gesellschaft einerseits und den persönlich haftenden Gesellschaftern andererseits bestehe, daß vielmehr die Verbindlichkeit der Gesellschafter durch die Verbindlichkeit der Gesellschaft bedingt sei und mit ihrem Wegfall auch von selbst ohne weiteres erlösche. Nach der in der Theorie herrschenden Auffassung bilden die Verbindlichkeiten der Gesellschaft und des Gesellschafters eine einheitliche Verpflichtung mit doppeltem Haftungsobjekt. (Staub § 128 Anm. 1, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 5). Liegt eine solche einheitliche Schuld vor, kann auch nicht angenommen werden, daß durch einen zwischen den verbliebenen Gesellschaftern und einem Gesellschaftsgläubiger abgeschlossenen Erlaßvertrag diese von ihrer Verbindlichkeit befreit werden können, ohne daß gleichzeitig auch der ausgeschiedene Gesellschafter von der Schuld befreit wird. Dieser Grundsatz gilt vor allen Dingen für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft. In J. W. von 1928 Heft 42 S. 6212 nimmt das R. G. allerdings für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft das Gegenteil an. Zuzustimmen ist den Ausführungen des Reichsgerichts a. a. O. insoweit, als die Haftung eines ausgeschiedenen Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft für eine Gesellschaftsschuld nicht nur im Verhältnis zu den übrigen Teilhabern sondern auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst den Charakter einer Gesamtschuld hat und daß nach § 423 BGB. der Gläubiger eines Gesamt-

schuldverhältnisses nur den einen oder anderen Gesamtschuldner aus der Haftung entlassen kann, mit der Folge, daß ein anderer Gesamtschuldner in der Haftung verbleibt. Merkwürdigerweise hat aber das R. G. (am angeführten Ort) dabei die Vorschrift des § 129 Abs. 1 HGB. außer Acht gelassen, wonach ein wegen seiner persönlichen Haftung in Anspruch genommener Gesellschafter auch alle Einwendungen der Gesellschaft erheben kann, also auch den Einwand des Schulderlasses. Diesen Einwand hat auch der ausgeschiedene Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft. Daher wirkt ein zwischen der Gesellschaft und einem Gläubiger geschlossener Erlaßvertrag stets auch zu seinen Gunsten. (Staub § 129 Anm. 15, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 16 und § 129 Anm. 4). Selbstverständlich können ein oder mehrere Teilhaber in dem Erlaßvertrage die Schuld ganz oder teilweise übernehmen. Dann haften die betreffenden Gesellschafter aber nicht auf Grund ihrer in den §§ 128, 129 HGB. begründeten gesetzlichen Haftung, die durch die Gesellschafter selbst weder erweitert noch beschränkt werden kann, sondern auf Grund einer neuen vertraglichen persönlichen Verpflichtung. Solche Einwendungen, die nur in der Person eines oder mehrerer Gesellschafter begründet sind, kann der Ausgeschiedene zu seiner Entlastung nicht geltend machen, denn sie beruhen nicht auf Tatsachen, die die einheitliche Verpflichtung aufheben.

Was für die Haftung eines aus eines offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ausgeschiedenen Teilhabers gilt, muß auch hinsichtlich der Haftung eines aus einer bürgerlichen Gesellschaft ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafters gelten, da auch bei der bürgerlichen Gesellschaft eine einheitliche Verbindlichkeit vorliegt. Daraus, daß für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine dem § 129 Abs. 1 HGB. entsprechende Vorschrift nicht gegeben worden ist, kann eine sinngemäße Anwendung dieser Bestimmung nicht als ausgeschlossen gelten. Beachtlich ist, daß sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft wie bei der bürgerlichen Gesellschaft der Ausgeschiedene, wenn er in Anspruch genommen wird, ein Rückgriffsrecht hat, das in beiden Fällen das gleiche ist und in beiden Fällen keine gesetzliche Regelung erfahren hat.

Der ausgeschiedene Gesellschafter kann hinsichtlich der vor seinem Ausscheiden entstandenen Schulden auch alle diejenigen Einwendungen vorbringen, die ihm persönlich zustehen und seine persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden betreffen. Er kann einem Gläubiger z. B. persönlichen Schulderlaß, Stundung oder Aufrechnung mit einer eigenen Forderung entgegenhalten und zwar selbst dann, wenn er wegen einer Gesellschaftsschuld rechtskräftig verurteilt war. (R. G. 34 S. 365).

Das Ausscheiden eines Gesellschafters benachteiligt in keiner Weise die Rechte der Gesellschaftsgläubiger. Der Ausgeschiedene kann ihnen nur die Einwendung entgegenhalten, die ihm auch in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zustanden. Die Verjährung der Gläubigerforderung wird durch das Ausscheiden nicht berührt. (Anders § 159 HGB.).

Erwähnt sei noch, daß der Ausgeschiedene hinsichtlich seiner Privatverbindlichkeiten natürlich weiterhaftet. Dazu zählen auch diejenigen Schulden, für die zwar alle Gesellschafter zufällig gemeinsam haften — so z. B., wenn alle Teilhaber aus einem gemeinsam begangenen Delikt haften — die aber nicht anläßlich des Betriebes der Gesellschaft entstanden sind, also keine reinen Gesellschaftsschulden sind.

In einem z. Zt. des Ausscheidens eines Gesellschafters anhängigen Aktivprozeß gegen die Gesellschaftsschuldner scheidet der aus der Gesellschaft ausscheidende Teilhaber aus dem Prozeß aus, weil er nicht mehr aktiv legitimiert ist. Ein Passivprozeß gegen die Gesellschafter wird durch das Ausscheiden nur insofern berührt, als auch hier der aus der Gesellschaft ausscheidende Teilhaber, soweit er nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftet, aus dem Prozeß ausscheidet; wird der Ausgeschiedene wegen seiner persönlichen Haftung in Anspruch genommen, so erlischt die Vollmacht des geschäftsführenden Gesellschafters, der den Prozeß führt.

§ 9.

Schluß:

Das Anwendungsgebiet der in den §§ 736—740 BGB. gegebenen Vorschriften

Die Vorschriften des BGB. über das Ausscheiden eines Gesellschafters finden nur auf die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts Anwendung, die nach dem 1. 1. 1900 entstanden sind; für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Gesellschaften sind gemäß Art. 170 E. G. zum BGB. die bisherigen Gesetze maßgebend. Wenn die Motive (2, 593) hervorheben, daß die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. auf alle Arten von Gesellschaften wenigstens zur Ergänzung ihrer besonderen Bestimmungen anzuwenden seien, so ist hierbei Vorsicht doch geboten. Unter Gesellschaften kann man die verschiedenartigsten Rechtsinstitute verstehen. Keine Anwendung finden die Vorschriften der §§ 736—740 BGB. jedenfalls auf Vereinigungen, die juristische Personen sind. Hinsichtlich der im HGB. geregelten Gesellschaften gelten die Vorschriften über das Ausscheiden eines Gesellschafters nur für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, aber auch nur insoweit, als im HGB. nicht etwas anderes bestimmt ist. (vgl. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Nach § 54 BGB. sind die Gesellschaftsvor-

schriften vor allem auf die nichtrechtsfähigen Vereine und nach Art. 10 des E. G. zum BGB. auch auf die nicht anerkannten ausländischen Vereine der dort bezeichneten Art anzuwenden. Schließlich gelten die Bestimmungen der §§ 736—740 BGB. auch für die im § 4 Abs. 2 HGB. genannten Vereinigungen von Minderkaufleuten und die in das neue HGB. nicht aufgenommenen sog. Gelegenheitsgesellschaften.

Lebenslauf

Ich bin am 2. 8. 1895 als Sohn des Postmeisters Emanuel Scholtissek und seiner Ehefrau Marta zu Schlesiengrube, Kreis Beuthen O.-S., geboren.

Ab Ostern 1907 besuchte ich das hum. Gymnasium in Königshütte und erhielt nach Unterbrechung durch den Krieg Juli 1919 das Zeugnis der Reife.

Nach acht in Breslau den Rechts- und Staatswissenschaften gewidmeten Semestern bestand ich am 27. 2. 1931 das mündliche jur. Doktorexamen.